



Informe 13/2012, de 30 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente)

Asunto: Posible existencia de prohibición de contratar en el caso de una empresa titularidad del cónyuge de un concejal

ANTECEDENTES

I. La alcaldesa del Ayuntamiento de Cabrils ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre:

"Primero. - La incompatibilidad o no de una empresa titularidad del cónyuge de un concejal para participar en esta licitación y, en caso que corresponda, para adjudicarle el contrato.

Segundo. - Puede el ayuntamiento seguir comprando en negocios que son de titularidad del cónyuge de un concejal del ayuntamiento?"

II. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan las entidades que integran la Administración local. Por otra parte, el artículo 11.4 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. El Ayuntamiento de Cabrils solicita informe a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la eventual existencia de prohibición de contratar respecto de una empresa que, según se señala, es titularidad del cónyuge de un concejal.

Con respecto a la solicitud de informe, en primer lugar hay que observar que resulta confuso el supuesto concreto objeto de consulta, dado que la expresión "empresa titularidad del cónyuge" es susceptible de diferentes interpretaciones. Así, se puede entender que el supuesto al cual se refiere es aquél en que el cónyuge de un cargo electivo local participa en el capital de una persona jurídica o bien aquél en el que el cónyuge es una persona física o un empresario individual. En este Informe se analizará la eventual concurrencia de la prohibición de contratar en los dos supuestos a qué puede hacer referencia la consulta.

En todo caso, sin embargo, hay un elemento común de análisis que es la extensión de la eventual causa de prohibición de contratar por incompatibilidad de los cargos electivos locales a los respectivos cónyuges o a empresas participadas o administradas por éstos. La Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las administraciones públicas (de ahora adelante, LCAP), ya previó que la prohibición de contratar por incompatibilidad se aplicaba igualmente a personas que mantenían una especial relación con la persona posiblemente incompatible, entre ellas, su cónyuge. Esta previsión se mantuvo, sin cambios, en el Texto



refundido de la Ley mencionada, aprobado por el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (de ahora adelante, TRLCAP), y, también, con pequeñas matizaciones, en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (de ahora adelante, LCSP). Actualmente, esta regulación se mantiene en el Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (de ahora adelante, TRLCSP).

II. Una vez efectuadas estas primeras consideraciones, para resolver la cuestión planteada, interpretada, en primer término, en el sentido que la eventual causa de prohibición de contratar se produciría por el hecho de que el cónyuge de un cargo electivo local participara en el capital de una persona jurídica, se tiene que partir de lo que establece el artículo 60.1.f del TRLCSP. Según este artículo, no pueden contratar con el sector público las personas en quien se dé la circunstancia siguiente:

"Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado; de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos de cualquier Administración Pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten la representación legal."

La regulación de este artículo, como anteriormente, la del artículo 49.1.f de la LCSP, ya derogado, presenta diferencias destacables respecto del artículo 20.e de la LCAP y del mismo artículo del TRLCAP. La diferencia más relevante, a efectos de este Informe, es la introducción del segundo párrafo en el artículo 60.1.f del TRLCSP y, anteriormente, en el artículo 49.1.f de la LCSP, que determina que la prohibición afecta a las personas jurídicas en cuyo capital participen, entre otros, los cargos electivos al servicio de cualquier administración pública.

Bajo la vigencia de la LCAP y del TRLCAP, las juntas consultivas de contratación administrativa interpretaron que la incompatibilidad que determinaba la prohibición contratar, sin perjuicio de la que podía existir para alcaldes y concejales, no existía respecto de las sociedades de las cuales formaban parte, independientemente de su participación, salvo para aquellas personas jurídicas de las cuales formaban parte los mencionados cargos



electivos, como administradores¹. Esta afirmación tenía su fundamento en el hecho que la LCAP derogó, expresamente, el Reglamento de contratación de las corporaciones locales, aprobado por el Decreto de 9 de enero de 1953, en el artículo 5.4 del cual se establecía la incompatibilidad para las empresas en que el alcalde o los concejales, entre otras personas, fueran titulares de más del diez por ciento de los títulos representativos del capital social o una participación equivalente en sus beneficios.

Actualmente, el artículo 60.1.f del TRLCSP, como anteriormente lo previó el artículo 49.1.f de la LCSP, establece de forma expresa como causa de prohibición de contratar de una persona jurídica el hecho de que un cargo electivo o su cónyuge, entre otros, participe en su capital social. Efectivamente, esta regulación representa un cambio sustancial y de especial trascendencia, sobre todo a efectos de este Informe, en la medida en que permite entender que la incompatibilidad de los cargos electivos para ser contratistas y subcontratistas de contratos financiados, totalmente o parcialmente, a cargo de la corporación municipal o de establecimiento que dependen (artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General —de ahora adelante, LOREG) se extiende también a las personas jurídicas en el capital de las cuales participen los mencionados cargos electivos, sus cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva o descendientes. En consecuencia, estas personas jurídicas no pueden contratar con las corporaciones locales de las cuales forman parte los mencionados cargos electivos ni participar en las licitaciones convocadas para la adjudicación de los contratos financiados por éstas.²

III. La siguiente cuestión a tratar hace referencia al hecho de si es necesaria una participación mínima en el capital de las personas jurídicas para que se dé la prohibición de contratar, teniendo en cuenta que el artículo 60.1.f del TRLCSP remite para la determinación de los términos y las cuantías a la legislación sobre incompatibilidad que resulte de aplicación.

La Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, establece en su artículo 6 una serie de limitaciones patrimoniales en participaciones societarias. En concreto, de acuerdo con este precepto, los titulares de los cargos incluidos dentro del ámbito de aplicación de la ley, por ellos solos o junto con su cónyuge o con la persona con quien conviva en análoga relación de afectividad, hijos dependientes y personas tuteladas, no

¹ Entre otros, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 9/2000, de 24 de noviembre y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en sus informes 60/95, de 18 de diciembre de 1996; 5/99, de 17 de marzo de 1999; 45/01, de 30 de enero de 2002; 48/03, de 12 de marzo; 39/04, de 12 de noviembre de 2004; 35/05, de 26 de octubre de 2005 y 48/05, de 24 de marzo de 2006, entre otros. También, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares en sus informes 6/04, de 18 de noviembre y 9/05, de 29 de septiembre, y la Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia, en su Informe 5/2007, de 24 de enero.

² En este sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 6/2010, de 23 de julio, la Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia en su Informe 5/2007, de 24 de enero, y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 24/2011, de 12 de septiembre.



pueden tener participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas. Además, en el supuesto de las sociedades anónimas cuyo capital social suscrito supere los 600.000 euros, la prohibición mencionada afecta las participaciones patrimoniales que, sin llegar a este porcentaje, supongan una posición en el capital social de la empresa que pueda condicionar de forma relevante su actuación.

El artículo 12.1.d de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, establece, como a causa de incompatibilidad, la participación superior al diez por ciento en el capital de las empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, entre otros, para todo el personal que preste servicios en las administraciones públicas.

En Cataluña, la Ley 13/2005, de 2 de enero, del Régimen de Incompatibilidades de los Altos Cargos al Servicio de la Generalitat, prohíbe que los altos cargos tengan, individualmente o junto con sus cónyuges, personas con quienes convivan —de acuerdo con la normativa de uniones estables de pareja— u otros familiares de primer grado de consanguinidad o afinidad, la titularidad de participaciones que represente un porcentaje igual o superior al diez por ciento del capital en empresas que tengan conciertos, convenios o contratos de cualquier tipo con el sector público estatal, autonómico, comarcal o local.

La Ley 21/1987, de 26 de noviembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración de la Generalitat de Catalunya, no admite una participación del personal mencionado superior al diez por ciento del capital de las empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios o con participación o aval del sector público, sea cuál sea la configuración jurídica de éstas (artículo 11).

La característica común a toda esta normativa es que establece, con carácter general y como límite a la participación en sociedades, el diez por ciento. En cambio, la LOREG en su artículo 178.2.d (que es la normativa que resulta de aplicación a los cargos electivos locales), no contiene ninguna regulación que haga referencia a la participación de estos cargos en el capital de las personas jurídicas. En definitiva, la cuestión a resolver se centra en determinar si este límite también les resulta de aplicación.

En una primera interpretación de carácter literal se podría considerar que la prohibición de contratar es de aplicación a los cargos electivos locales, independientemente de cuál sea el porcentaje de participación en la empresa contratista, por escaso que éste sea. Ahora bien, esta interpretación no ha sido aceptada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, según lo que se afirma en el Informe 6/10, de 23 de julio, citado anteriormente. La Junta estatal argumenta que la finalidad que justifica la imposibilidad de que los cargos electivos locales no puedan participar en el capital de personas jurídicas es evitar el conflicto de intereses entre el cargo electo y la entidad en que él o sus familiares más próximos participan porque, sea cuál sea el porcentaje de participación, es evidente que los intereses de estas personas resultan directamente afectados y, además, de forma incompatible con los de la corporación municipal contratante. Continúa afirmando que este criterio también se podría aplicar para los afectados por el resto de leyes sobre incompatibilidades y, sin embargo, se ha mantenido un límite porcentual para que la participación en el capital de la entidad sea relevante. Según esta circunstancia, considera



que este límite es también de aplicación a los cargos electivos de las entidades locales en razón de dos ideas fundamentales: por una parte, porque entenderlo de una forma diferente consagraría un supuesto de desigualdad al tratar de forma diferente dos supuestos iguales con clara vulneración del artículo 14 de la Constitución Española y, en segundo lugar, porque de conformidad con lo que dispone el artículo 4.1 del Código Civil "*procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón*".

Además, la Junta estatal entiende que la misma LCSP daba argumentos suficientes para entender que existe esta identidad cuando trata de forma conjunta los tres supuestos y, más todavía, cuando para referirse al límite de participación en las empresas, lo hace de manera genérica y se refiere a los tres supuestos conjuntamente.

Esta interpretación es compartida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, tal como se recoge en su Informe 24/2011, de 12 de septiembre, en el cual, además de reproducir una parte del informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado mencionado, se señala que la exigencia de este límite mínimo de participación en el capital social está implantada de forma casi general en nuestro ordenamiento jurídico. Así, según señala, el artículo 159 LOREG establece que el mandato de los diputados y senadores es incompatible con la participación superior al 10% adquirida en todo o en parte después de la fecha de su elección como diputado o senador, salvo las excepciones que expresamente se prevén en la misma Ley. Esta regla, según se afirma, se aplica también a los diputados del Parlamento Europeo (artículo 213 LOREG). Por otra parte, la Junta de Aragón, en este Informe, afirma que el diferente trato que da la LOREG en esta cuestión a diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo, de una parte, y a los altos cargos electivos municipales, por otra parte, no es una opción consciente del legislador, sino que tiene su explicación en qué en el momento de la promulgación de la LOREG estaba en vigor el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, el artículo 5 del cual disponía la incompatibilidad para ser contratista de obras y servicios públicos a las sociedades en las cuales el concejal tuviera más del 10% de los títulos representativos del capital social o una participación equivalente en sus beneficios. De manera que se puede entender que el legislador no vio necesario incorporar esta previsión de forma expresa.

De acuerdo con estas consideraciones, procede compartir la interpretación por la cual, para determinar la existencia de la prohibición de contratar que prevé el artículo 60.1.f del TRLCSP, la participación de los cargos electivos locales en el capital de las personas jurídicas que contraten con las corporaciones locales de las cuales forman parte o con los establecimientos que dependen, tiene que ser superior al diez por ciento.

IV. Respecto del segundo de los supuestos a que puede hacer referencia la consulta, eso es, cuándo el cargo electivo local o su cónyuge son empresarios individuales, se ha considerado tradicionalmente, y se tiene que continuar considerando, que concurre la prohibición de contratar, actualmente recogida en el artículo 60.1.f del TRLCSP, por aplicación del artículo 178 de la LOREG, que establece que son incompatibles con la condición de cargo electivo local los contratistas y subcontratistas de contratos, siempre que



la financiación total o parcial de los cuales vaya a cargo de la corporación municipal o de establecimientos dependientes.

V. En último término, para resolver la cuestión relativa a si el ayuntamiento puede seguir comprando en negocios que son de titularidad del cónyuge de un concejal del ayuntamiento, la respuesta se tiene que dar en función del supuesto de que se trate, de acuerdo con el análisis efectuado en las consideraciones jurídicas anteriores.

En resumen, si el cónyuge participa en el capital de la empresa con más de un diez por ciento, el ayuntamiento no puede continuar contratando, si los contratos son financiados, totalmente o parcialmente, por la misma corporación municipal y tampoco lo podrá hacer, si se trata de una persona física o de un empresario individual.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La prohibición de contratar por incompatibilidad del artículo 60.1.f del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, concurre en el caso de una empresa en el capital de la cual participa, con un porcentaje superior al diez por ciento, un cargo electivo, su cónyuge, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva o descendientes, cuándo en relación con estos últimos posea la representación legal, respecto de los contratos de la corporación local de la cual forma parte el cargo electivo. Asimismo, también se da en el supuesto en qué el cargo electivo, su cónyuge, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva o descendientes, cuando posea la representación legal, quieran contratar como persona física o empresario individual en los contratos de la corporación local de la cual forma parte el cargo electivo.

Barcelona, 30 de noviembre de 2012